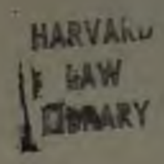


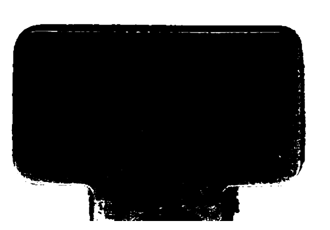
SPRENGER

Das gesezliche Verausserung
bot

1884









Das Gesezliche Veräußerungsverbot

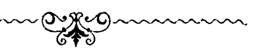
(l. 3 § 2 § 3. C. com. de leg. 6. 43.)

zur Sicherung und Ergänzung des dem Vermächtnißnehmer angefallenen Rechtes.

Inaugural-Abhandlung

von

Heinrich Sprenger.



Zürich, 1884

Druck von Zürcher und Furrer.

Seinem hochverehrten Lehrer

Herrn Professor Dr. Alois v. Brinz

in tiefster Dankbarkeit

gewidmet

vom Verfasser.

§ 1.

Die Ansichten über die Bedeutung der von Justinian herrührenden l. 3, §§ 2. 3. 4. C. communia de legatis et fideicommissis et de in rem missione tollenda 6. 43, [« § 2. Sed quia nostra maiestas per multos casus legatariis et fideicommissariis prospexit, actionesque tam personales quam in rem et hypothecarias dedimus, et in rem missionis tenebrosissimus error abolitus est, et ad hanc legem pervenimus. Nemo itaque heres ea, quae per legatum vel pure vel sub certo die relicta sunt, vel quae restitui aliis disposita sunt, vel substitutioni supposita, secundum veterem dispositionem putet in posterum alienanda, vel pignoris vel hypothecae titulo assignanda, vel mancipia manumittenda, sed sciat, hoc, quod alienum est, non ei licere, utpote sui patrimonii exsistens, alieno juri applicare, quia satis absurdum est et irrationabile rem, quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre, vel hypothecae pignorisve nomine obligare, vel manumittere, et alienam spem decipere. § 3. Sin autem sub conditione vel sub incerta die fuerit relictum legatum vel fideicommissum universitatis vel speciale, vel substitutione vel restitutione, melius quidem faciet, si et in his casibus

caveat ab omni venditione vel hypotheca, ne se gravioribus oneribus evictionis nomine supponat, sin autem avaritiae cupidine, propter spem conditionis minime implendae ad venditionem vel hypothecam prosiluerit, sciat, quod conditione impleta ab initio causa in irritum devocetur, et sic intelligenda est, quasi nec scripta, nec penitus fuerit celebrata, ut nec usucapio, nec longi temporis praescriptio contra legatarium vel fideicommissarium procedat. Quod similiter obtinere censemus in huiusmodi legatis, sive pure, sive sub die certo, sive sub conditione, sive sub incerta die relicta sint. Sed in his omnibus casibus legatario quidem vel fideicommissario omnis licentia pateat rem vindicare et sibi assignare, nullo obstaculo ei a detentatoribus opponendo. § 4. Emtor autem, sciens rei gravamen, adversus venditorem actionem habeat tantum ad restitutionem pretii, neque duplae stipulatione, neque melioratione locum habente, quum sufficiat ei saltem pro pretio, quod sciens dedit pro aliena re, sibi satisfieri. Creditori nihilominus pignoraticia contraria actione adversus debitorem competente, ut ex omni parte omnique studio id quod semper properamus, ad effectum perducatur, et ultima elogia defunctorum legitimum finem sortiantur bonae fidei proculdubio emtoribus integra jura et nullo modo ex hac constitutione deminuta contra venditorem habentibus. Dat. Kal. Septemb. Constantinop. post. cons. Lampadii et Orestii VV. C. C. (531)»], sind sehr verschieden.

Vielleicht dient es zur sichereren Erkenntniß derselben Form und Art dieser Constitution zu prüfen, ob hier nämlich etwa Rescript, Decret oder etwas Anderes vorliege.

Offenbar kann nun aber zu Justinian's Zeit von Rescripten und Decreten nicht mehr die Rede sein, so daß wir in der Constitution nurmehr ein Edictum, d. i. die lex de jus novum vor uns haben.

In Folge dessen wird aber auch nach dem Saze (l. 7 D. de leg. 1. 3):

«Legis virtus hæc est: imperare, vetare, permittere, punire —»

zu unterscheiden sein, welche von diesen 4 Arten gesezgeberischer Tätigkeit Justinian in Wahrheit entfalten wollte, als er die einzelnen Paragraphen unserer Hauptstelle abfaßte.

Was vor Allem werden wir in den Worten des § 2:

«Nemo itaque heres — putet — alienanda»

und in dem

«sciat — non ei licere — alieno juri applicare»

zu suchen haben? Ist es eine blos juristische, auf schon vorhandenen Rechtssäzen beruhende Erwägung, die Justinian hier anstellt und aus welchen er seine Schlüsse zieht, oder bringt er uns etwas Neues, im bisherigen Recht noch nicht Vorhandenes, nämlich ein Verbot und zwar ein Veräußerungsverbot?

Es ist nun kaum anzunehmen, daß Justinian hier blos juristische Folgerungen aufstellt, für uns den Magister und Rechtsgelehrten spielt, sondern vielmehr, daß er den Gesezgeber selbst hervorkehrt, der uns eine neue positive Rechtsnorm gibt. Bestärkt werden wir in dieser Vermutung durch die Erwägungen, von denen er sich zu Anfang der l. 3, § 2 C. h. t. leiten läßt und welche er mit den bezeichnenden Worten abschließt:

«— et ad hanc legem pervenimus».

Also soll es Gesez sein, was er uns im § 2 und in den §§ 3-4. unterbreitet, und mit Abschluß der ersten einleitenden Worte beginnt auch wol sofort der tenor legis, sagen wir nur sogleich: Die „Sazung des Verbotes“, vorausgesezt natürlich, daß auch der Inhalt der Stelle ein solches aufzuweisen im Stande ist. Freilich dürfen wir hier nicht

daran denken, daß sich uns eine mit altrömischer Kürze und Schärfe abgefaßte Verbotsformel darbietet — wäre dieses der Fall, so bedürfte es auch gar nicht der Untersuchung. Doch zur Vermutung, daß in der Gesammtstelle l. 3, § 2, § 3 C. h. t. ein Verbot mit seinen sanctiones besteht, sind wir ebensosehr berechtigt, als wir in andern Codexstellen, z. B. l. 2. C. de litig. 8. 36 (37), kaiserlichen Verordnungen und zwar entschiedenen Verboten sammt Sanktionen begegnen, die keineswegs in die antike Gesezes-Form gekleidet sind. «[res . . . . minime transferri liceat — (Verbot) —, tanquam nihil factum sit — (als sanctio von lex perfecta, zum Unterschied von der sanctio einer lex minus quam perfecta: Ulp. frgm. 1. 2. — § 10 J. de rer. div. 2. I)].»

Was nun den § 3 und die daselbst vorkommende Wendung:

«(heres) sciat, quod conditione impleta causa ab initio in irritum devocatur, et sic intelligenda est, ut nec scripta nec penitus fuerit celebrata (ut nec usucapio — procedat)»

betrifft, so müßte man dem ersten Anscheine nach glauben, daß Justinian auch hier blos referirt, eine juristische Sentenz aufstellt, ohne was Neues bringen zu wollen; denkbar ist aber auch das Gegenteil, nämlich daß Justinian dasjenige gesezlich statuirt, was in juristischer Konsequenz nicht oder doch nicht sicher gelegen war. Wir müssen in dieser Beziehung sehr wol unterscheiden zwischen dem Fall, wo z. B. ausdrücklich mit Resolutivbedingung verkauft (l. 2 pr. D. de in di. add. 18. 2) und entschieden schon nach bisherigem Rechte conditione exsistente resolvirt und Usucapion in der Person des Käufers ausgeschlossen wird (vgl. l. 8 pr. D. de per. et com. 18. 6. l. 2 § 2 D. pr. empt. 41. 4) — und den Fall, wo pure verkauft ist, wie hier im § 3; in diesem leztern Fall ist durch das bisherige Recht die Resolution des Kaufes zum

mindesten nicht sicher entschieden (s. hierüber Brinz, Pand. I. Aufl. S. 1472 fg. 1479. unt. S. 1492 fg. vgl. l. 12 § 5 D. de usufr. 7. I. und hiezu Fitting, Begriff der Rückziehung S. 38. S. 77. C. Böcking, Pand. § 156. An. 4—24), geschweige die Usucapion überhaupt ausgeschlossen (l. 48 § 1 D. de acq. rer. dom. 41. 1. — «si eo tempore, quo mihi res traditur, putem vendentis esse deinde cognovero alienam esse, perseverat usucapio), wie Justinian es will. Daher ist es möglich, daß Justinian diese Folge erst gesezlich statuirt, wie dies fernerhin bei zwei andern Veräußerungsverboten in den Novellen geschieht.

In Nov. 22. c. 24. schreibt er nämlich mit ziemlich gleichlautender Wendung, wie die im § 3 gebrauchte:

«Ac sciant etiam ex hac nostra lege, quod — id, quod gestum est, perinde habendum est, ac si nihil neque factum neque scriptum esset —»

und in Nov. 61. c. 1. § 1. finden wir:

«— et qui in posterum contraxisset, sciat sive emtionem sive hypothecam habeat, nullam omnino ex his rebus utilitatem se habiturum, sed pro non scriptis et non dictis esse —»

Angenommen nun, daß in unserem § 3 wirklich nur gesezliche Statuirung vorliegt, so hätten wir eine doppelte Möglichkeit von gesezlicher Form vor uns: entweder eine bloße Permission zu Gunsten des Legatars, d. i. Permission im Sinne einer Ermächtigung zur Klageführung, eine positive Klageberechtigung (omnis licentia pateat — vindicare et sibi assignare) und nicht ein einfaches „Erlauben", wie man das permittere der C. 7 D. de leg. (cit.) wörtlich übersezen könnte — oder aber eine sanctio mit vorauszudenkendem, stillschweigendem Verbot, nämlich derart, daß für den Fall eintretender Bedingung die Veräußerung verboten und ein Fall der Zuwiderhandlung des Verbots wirksam sein soll.

In diesem leztern Fall hätte man dann die Erscheinung, da
im § 2 ein Verbot ohne ausdrückliche sanctio, im § 3 ein
sanctio ohne ausdrückliches Verbot dastände. Darnach hät
denn das «sciat» in beiden §§ die Bedeutung nicht nu
des Wissenmüssens, sondern auch die des Danachhandeln
müssens; es wäre ein stellvertretender Ausdruck für das al
«Veto», «Ne-esto», kurz für den alten kategorischen Imperativ

In der Fassung des § 4 endlich ist das permittere und
punire der l. 7 cit. in eigener Weise verquickt. Denn indem
die Klageberechtigung auf das pretium beschränkt, anstat
daß dem Anspruch auf das Interesse stattgegeben wird, i
liegt in der Aberkennung des Interesses, eine Strafe, nämlic
dafür, daß wissentlich gekauft wurde. Etwas ähnliches finde
wir in der gleichfalls von Justinian herrührenden l. 4 pr
C. de lit. 8. 36. (37), wo nicht minder ein wissentliche
Kauf verfolgt, aber allerdings in einer dem Fall entsprechende
andern Weise gestraft wird. Beachtenswert ist sodann auch
daß in § 1 eod. zwar gutgläubig gekauft, hingegen nichts
destoweniger die Veräußerung rückgängig gemacht wird mi
den charakteristischen Worten: «tunc irrita rei aliena-
tione facta», sodaß wir in einem Fall sicheren gesezliche
Veräußerungsverbotes auch wieder auf die in unserem § 3
gebrauchte Wendung aufmerksam gemacht werden.

Ist aber in l. 3 § 2 § 3 C. h. t. wirklich ein Verbo
auf die eine oder andere Weise (ausdrücklich oder dann still
schweigend) vorhanden, so ist es ein perfektes — die sancti
des Verbotes geht auf Rescission — in Gemäßheit de
aus Ulp. frgm. 1. 2. zu folgernden Definition:

«Perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si fac-
tum sit, rescindit.»

In l. 3 § 3 C. h. t. erklärt nämlich Justinian, da
bei bedingtem Vermächtniß mit erfüllter Bedingung die Ver-
äußerung nichtig sei, wobei er hinzufügt, daß auch (Quod

similiter —) bei reinem und bei betagtem Vermächtniß die Veräußerung nichtig sei. Bei diesen beiden Fällen des Vermächtnisses gilt somit das Verbot und die Rescission, ein Zusammenhang, welcher erraten läßt, daß die Rescission nicht anders als im Verbote ihren Grund hat. Hat jedoch die Rescission ihren Grund hier im Verbote, so hat sie ihn ebensosehr dort bei bedingtem Vermächtniß, wenn erfüllt, im Verbote. Und deßhalb auch der Schluß, daß das Verbot überhaupt ein perfektes ist.

Es bemerkt sodann Windscheid (Pand. § 172a. An. 1.): „Beruht nicht auch die Veräußerungsunfähigkeit des mit einem Vermächtniß Beschwerten (l. 3 § 2, 3. C. comm. de leg. 6. 43) wenigstens für gewisse Fälle auf einem gesezlichen Veräußerungsverbot und nicht auf dem Rechte des Vermächtnißnehmers? So, und für den Fall des Erbschaftsvermächtnisses mit guten Gründen: E. A. Seuffert, Das ges. Veräußerungsverbot bei Sing.- und Universalverm. nach römischem Rechte (1854)."

Puchta (Pand. § 158 Nr. 7) rechnet zu den einzelnen Fällen, in welchen durch Gesez die Veräußerung einer Sache verboten ist, schlechthin: „Vermachte Sachen, die der Erbe des Vermächtnisses bewußt, veräußert, l. 3, § 2, 3. C. comm. de leg. (6. 43)."

Aehnlich drücken sich aber Keller (Pand. § 131, Nr. 6 und 7) und Vangerow (Pand. § 317, S. 590, 591) aus und im Grunde auch Arndts (Pand. § 162), doch sagt derselbe ebenfalls (§ 560 b-e):

„Der Erwerb des dinglichen Rechts tritt ipso jure ein wenn dies legati cedit et venit, alsdann aber als unmittelbar vom Erblasser abgeleiteter Erwerb, daher auch ungeachtet der vom Vermächtnißnehmer inzwischen vorgenommenen Veräußerung, so zwar [hier verweist Arndts auf l. 3 § 2 3. Code comm. de leg. 6. 43. und auf seinen § 162 An. 4, woselbst es heißt, der ordentlichen Ersizung sind entzogen „„Sachen, deren Veräußerung als gesezlich verboten nichtig ist, insofern dieses Verbot geradezu übertreten oder die Zulassung der Ersizung selbst als eine indirekte Veräußerung gegen das Verbot zu betrachten ist. l. 28 pr. D. de V. S. l. 12 § 4. cf. l. 9 § 5 D. de Publ. act. 6. 2. Vgl. l. 12 D. de usuc. 41. 3. l. 7 § 5 D. pro emt. 41. 4."" Hiebei führt Arndts als einzelnen Fall insbesondere (An. 4b.) die l. 3 § 3 Cod. comm. de legat. 6. 43. an], daß in Folge desselben die Vindikation

des Vermächtnißnehmers auch nicht durch ordentliche Ersizung ausgeschlossen sein soll."

Auf Arndts beruft sich des Weitern Wächter (Pand. § 318. III. 1. a-e. S. 810), nur beleuchtet er überdies die einzelnen Fälle des Vermächtnisses.

Schröder (Zur Lehre von den gesezlichen Veräußerungsverboten, 1875. S. 74 fg.) findet, daß „nach l. 3 C. h. t. ein Veräußerungsverbot für jedes Vermächtniß einer vom Erblasser hinterlassenen Sache bestehe, mag dasselbe pure, unter Befristung oder Bedingung ausgesezt sein — als Beweis diene zunächst schon die Fassung des Gesezes — für das Erbschaftsvermächtniß finde man in demselben bestimmt ein Veräußerungsverbot und zwar im § 2 in Anwendung auf seine pure oder unter einem dies certus, im § 3 in Anwendung auf die unter einer Bedingung erfolgte Hinterlassung. Man vergleiche mit den Ausdrücken des Verbots im § 3 die durchaus ähnlichen Wendungen in Nov. 22. c. 24. 61. c. 1. § 1."

Anders Fitting (Begriff der Rückziehung, S. 108. An. 154). Er hält sich nicht an das Veräußerungsverbot, sondern er sagt: „Justinian habe in l. 3 § 2. 3. C. comm. de leg. 6. 43 nur getan, was mit Notwendigkeit daraus floß, daß er aus jedem Vermächtniß ohne Rücksicht auf die gebrauchten Worte dem Vermächtnißnehmer ein dingliches Recht zuerkannt hatte. Damit wäre jedes Vermächtniß dem Wesen nach ein Vindikationslegat geworden, und Justinian hatte daher ganz folgerichtig die Säze, die früher blos bei dem Vindikationslegat gegolten hatten, nunmehr ganz allgemein auf alle Vermächtnisse übertragen".

Dieselbe Meinung vertritt Böcking (Pand. § 158. An. 13. Schluß und An. 34), daß „alle Vermächtnißnehmer nicht blos mit Personalklagen, sondern auch vindicare in rem actione instituenda können und dieses seinen Grund nicht in einem

Veräußerungsverbot, weder gesezlichem, noch testamentarisch[...] habe."

So kommt denn auch Wächter, den wir bereits im Zu[-] sammenhang mit Arndts erwähnt hatten, dazu, das Ver[-] äußerungsverbot doch nicht für alle Fälle gelten zu lasse[n]. Er sezt auseinander, daß

a) bei der pure vermachten Sache jede Veräußerun[g] nichtig sei und es könne der Vermächtnißnehmer als Eige[n-] tümer die Sache „sofort vom Erben und jedem dritten B[e-] sizer vindiziren und zwar so, daß ihm sein Eigentum nic[ht] einmal durch ordentliche Ersezung abersessen werden könne[."] Hiebei beruft sich Wächter auf Cod. comm. de legat. 6. 4[3] cst. 3 § 2 § 3. a. f.; Arndts § 560. Note b-e (cit). Be[i] Arndts wissen wir aber, daß er an anderer Stelle (§ 162. [4]) als Usucapions-Hinderniß das Veräußerungsverbot betracht[et]. Wächter fährt nun weiter:

b) „Ist die Sache unter einer Suspensivbedingung ve[r-] macht und diese schwebt noch zur Zeit des Erbschaftsantritt[s], so wird nur der Erbe mit dem Erbschaftsantritt vorläu[fig] ihr Eigentümer (D. fam. hercisc. 10. 2. l. 12 § 2); er ka[nn] sie deßhalb auch veräußern, weil man ja nicht weiß, ob d[ie] Bedingung je eintritt. Allein, wenn er sie veräußert, un[d] dann später die Bedingung eintritt und der Vermächtnißnehm[er] ihren Eintritt überlebt, so wird nun die Veräußerung rü[ck-] wärts nichtig; das Eigentum der Sache fällt dann von sel[bst] (mit dem Eintritt der Bedingung) an den Vermächtnißnehm[er] (auch Lasten, die der Erbe auf sie legte, erlöschen. D. quem adm. servit. amitt. 8. 6. l. 11 § 1), der sie nun von jede[m] Dritten vindiziren kann. Der Erbe muß aber denjenig[en] entschädigen, an den er die Sache veräußert hatte (Cod. comm. de leg. 6. 43. cst. 3 § 3 u. 4 — Savigny, Syst. III. 153[).] Allerdings äußert sich nun Savigny (a. a. O.) dahin, daß b[ei] bedingten Legaten, wie bei den Verträgen, alle Veräußerung[en]

der Zwischenzeit vernichtet seien, sobald die Bedingung erfüllt werde, l. 11 § 1. qu. serv. (8. 6) l. 105 de cond. (35. 1). l. 3 § 3 C. com. de leg. (6. 43). Justinian habe die Sabinian'sche Meinung in Gaj. 200 (für alle Legate) anerkannt, und nur unter dieser Voraussetzung habe auch der oben aufgestellte Satz Sinn, l. 66. D. de rei vind. (6. 1) l. 12 § 5. de usufr. (7. 1.) l. 12 § 2. fam. herc. (10. 2). l. 29 § 1 qui et a quib. manum. (40. 9). — — Wächter aber legt uns sodann dar, daß für den Fall, da

c) die Sache ex die certo vermacht sei, hier ebenfalls der Erbe mit dem Erbschaftsantritt vorläufig das Eigentum der Sache erwerbe; doch mit dem Eintritt des dies falle es von selbst an den Vermächtnißnehmer (hier verweist Wächter auf Lit. a) und da ein dies certus gewiß eintrete, so „verbiete" Justinian dem Erben die Veräußerung der Sache. Veräußere er sie dennoch, so sei die Veräußerung nichtig und der Vermächtnißnehmer könne dann vom Eintritt des dies an die Sache von jedem Dritten vindiziren — nämlich wie die Anmerkung besagt: „in der oben unter Lit. a angeführten Weise. Cod. l. c. cst. 3 § 2 u. § 3 a. f."

Zum Schlusse bemerkt Wächter (S. 813): „Das Angeführte gelte auch bei Universalvermächtnissen. Nur das Eigentum der zum Universalvermächtniß gehörigen Sachen gehe nicht schon im Zeitpunkt von Nr. III. (a-c) von selbst auf ihn über, sondern erst mit der Restitution des Fideicommisses."

Dagegen erklärt Brinz (Pand. I. Aufl. S. 944): „das gesetzliche Veräußerungsverbot bilde — anstatt der aufgehobenen Missio in die veräußerte Sache — die dritte und letzte allgemeine Sicherung des Vermächtnißrechts. Es gelte für unbedingte Vermächtnisse unbedingt, für bedingte bedingt; sei lex perfecta: da sie die verbotswidrige Veräußerung für nicht geschehen erklärt. Namentlich dürfe man sich nicht

vorstellen, daß das Verbot etwa deßwegen, weil bei v
machten eigenen Sachen überall der Vermächtnißnehmer,
fort, oder ex tunc, oder doch wie ex tunc, selbst Eigentün
werde — überflüssig sei; denn das Verbot betreffe auch U
versalfideicommisse mit fideicommissorischer Substitution (R
hirt, Bd. I. S. 207. Seuffert, a. a. O. § 8. S. 58. §
in denen der Bedachte das Eigentum entschieden nicht u
mittelbar aus dem Vermächtniß, vom Erblasser, und dar
ohne Rückwirkung bekomme." Dabei weist Brinz an ande
Stelle (Pand. I. Aufl. S. 953. 2) für das reine, betagte u
bedingte Vermächtniß nach, daß „für die Art des Erwer
dieser von selbst geschehe, sodaß der Vermächtnißnehmer d
Eigentum unmöglich vom Erben, oder dessen Successor
sondern nur nach ihnen habe (man vgl. Gaj. II. 200)."

Aus der Glosse entnehmen wir endlich, — erstens
Anbetracht des § 2:

«Rei restitutione subjectae pure vel sub certa
alienatio, pignoratio et manumissio non tenet ipso jur
— sodann in Anbetracht des § 3:

«Res quae subjacent restitutioni sub conditione
sub die incerta, possunt interim alienari vel obligari:
adveniente casu restitutionis fingitur retro nullum, q
est factum.» (Salicetus).

---

§ 3.

Eine Erklärung für die einzelnen abweichenden Ansichten ist nun wol darin zu suchen: man denkt sich dasjenige, was wir als verboten erachten, mehr oder weniger schon als zuvor rechtsunbeständig, wonach dann allerdings auch das Verbot in den meisten Fällen oder sogar überall überflüssig erscheint.

Wir finden, dies leztere ist namentlich der Fall bei Böcking (a. a. O.). Derselbe beruft sich für die von ihm gemachte Behauptung, daß „alle Vermächtnißnehmer nicht blos mit Personalklage fordern, sondern auch vindicare in rem actione instituenda können", und „dieses seinen Grund nicht in einem Veräußerungsverbot, weder gesezlichem, noch testamentarischem, habe" einmal auf Justin. l. 1. C. h. t., sodann aber auf das in Gaj. II. 194 et ibi citt. ll. gekennzeichnete Recht des Vermächtnißnehmers selbst. Zugleich bemerkt er, daß „hinsichtlich der bedingten oder sub incerta die angeordneten Vermächtnisse der Belastete Eigentümer werde und es bei nicht eintretender Bedingung bleibe; da jedoch «condicione impleta ab initio causa in irritum devocetur (hier verweist Böcking auf § 156 f. Pand. d. h. auf die Widerruflichkeit des Rechts vermöge auflösender Bedingung) et sic

intelligenda est (die Verkaufung oder Verpfändung) quasi nec scripta nec penitus fuerit celebrata» (hier verweist nun Böcking auf § 156. An. 4. bezw. auf die dort angeführten Stellen l. 105 D. de cond. 35. 1. l. 12 § 5. D. de usufr. 7. 1. vgl. übrigens Savigny und Wächter a. a. O.), so folge, «ut nec usucapio nec longi temporis praescriptio contra legatarium vel fideicommissarium procedat», und es könne daher der Bedachte auch in diesen Fällen die Sache gleich der vom Belasteten veräußerten pure legirten vindicare et sibi assignare, nullo obstaculo ei detentatoribus opponendo (Justinian. l. 3, §§ 2. 3. C. comm. de leg. 6. 43.)"

Auch Seuffert (a. a. O. namentlich s. S. 4. u. 5.) ist der Ansicht, daß für's reine und für's bedingte Vermächtniß ein Veräußerungsverbot vollständig überflüssig gewesen sei, da hier das eigene Recht des Bedachten in jeder Beziehung ausreiche, um das Eigentum der Sache zu erwerben, bezw. dasselbe auf dem Klagewege geltend zu machen. Doch will Seuffert ein gesezliches Veräußerungsverbot, wenigstens für's betagte Singularvermächtniß, sowie für's Universalvermächtniß überhaupt gelten lassen, da an beiden Arten die Veräußerung der Sache nach bestehendem Recht nicht von Anfang an ausgeschlossen sei (vgl. darin auch Rudorff in Puchta, Pand. § 541. An. a. u. c.).

Hingegen wird wiederum diese sofortige Nichtigkeit der Veräußerung beim betagten Vermächtniß von Windscheid (Pand. § 648. An. 19) bezweifelt, nämlich: „Der Vermächtnißnehmer könne doch diese sofortige Nichtigkeit nicht geltend machen, und das behaupte auch Seuffert (man besichtige bei dems. S. 46. fg. 57. 62.) nicht — viel wahrscheinlicher sei es, daß Justinians Bestimmung nur ein ungeschickter Ausdruck des Gedankens sei, daß bei einem befristeten Vermächtniß die Veräußerung sicher nichtig ist, während bei einem bedingten die Nichtigkeit in ungewisser Zukunft steht."

Aehnliches finden wir ferner bei Fitting (Begriff der Rückziehung, S. 108. An. 154) vor, wenn derselbe sagt: „Das blos betagte Vindikationslegat stehe zwischen dem bedingten und dem weder bedingten noch betagten gleichsam in der Mitte.

Mit jenem habe es gemein, daß erst mit dem Eintritt des dies, dann aber ohne Weiteres das Eigentum der legirten Sache auf den Legatar übergeht (l. 9, § 2 D. usufr. qu. cav. 7. 9. man vgl. l. 72. § 5 D. de cond. 35. 1); mit diesem, daß der dies legati bereits mit dem Tode des Erblassers cedirt (l. 5 § 1 D. qu. dies leg. 36. 2), der Legatar also — nur vorausgesetzt den Erbschaftsantritt — jezt schon ein festes Recht auf den späteren Eigentumserwerb erhält. Damit finde man eine objektive Gebundenheit der legirten Sache, wonach dieselbe den Keim in sich trage, beim Eintritt des dies unmittelbar in das Eigentum des Legatars zu fallen, und daraus folge dann weiter, daß auch bei einem blos betagten Vindikationslegat Verfügungen des Erben, welche das Recht des Legatars beeinträchtigen würden, mit dem Eintritt des dies von selbst zusammenfallen müssen. Man glaube nicht etwa, Justinian erst habe dies in l. 3 § 2. 3. C. comm. de leg. 6. 43 neu eingeführt; Justinian habe in l. 3 cit. überhaupt nur getan, was mit Notwendigkeit daraus floß, daß er aus jedem Vermächtniß ohne Rücksicht auf die gebrauchten Worte dem Vermächtnißnehmer ein dingliches Recht zuerkannt hatte."

So äußert sich denn Windscheid an anderer Stelle (Pand. § 648. Nr. 4) nochmals dahin: „Wenn Justinian zu größerer Sicherheit des Vermächtnißnehmers noch die Veräußerung der vermachten Sache verboten hat, so hat er damit etwas Neues nur für das Erbschaftsvermächtniß eingeführt; für Einzelvermächtnisse hat Bedeutung blos die hinzugefügte Bestimmung, daß der Erwerber auch durch Ersizung nicht soll Eigentümer werden können."

Bemerken wir also sogleich, daß für genannte Schrif-steller bei reinem und bedingtem Vermächtniß nur die (ordent-liche) Ersizung durch „spezielle Verfügung" (s. Seuffert § 14 Justinians ausgeschlossen werden muß, wenn der Nichteigen-tümer nicht durch Ersizung Eigentümer werden soll, ja e ist sogar die Ansicht vertreten, daß „vom belasteten Erbe dolose veräußerte Vermächtnißgegenstände schon deßhalb nic usucapirbar seien" (Böcking, Pand. § 145. k. nebst An. 43 folglich betrachten diese Schriftsteller die Unveräußerlichk der vermachten Sache im Allgemeinen als etwas Selbstve ständliches, die Unusucapirbarkeit dagegen als etwas, das e durch eigenes singuläres Gesez, oder aber durch bestimm Umstände (Unredlichkeit der Veräußerung) begründet sein müs

Hieraus ziehen wir endlich auch den Schluß, daß di gleichen Schriftsteller den Saz der l. 3 § 2 C. h. t., a welchen so Vieles ankommt:

«Nemo itaque heres — secundum veterem dispo-tionem putet in posterum alienanda»

nur in dem einen, beschränkten Sinn auffassen, näml daß „schon nach bisherigem Recht die vermachte Sache u veräußerlich war". Sogar bei Seuffert (s. S. 55. 56) müs wir an eine solche Annahme glauben, trozdem gerade er i Bezug auf den gebrauchten Ausdruck des «secundum veter dispositionem» auseinandersezt, daß „es im vorjustinianis Rechte rücksichtlich des Vermächtnißgutes ein gesezliches V äußerungsverbot nicht gegeben habe".

§ 4.

Doch prüfen wir selbst, was bisher rechtsunbeständig gewesen sei, oder auch anders ausgedrückt, suchen wir einmal festzustellen:

„Was war vor Justinian in Ansehung von Veräußerungen vermachter Sachen überhaupt Rechtens?"

— so finden wir, daß

1) beim reinen, d. i. unbedingten und unbetagten Vermächtniß, bisher schon rechtsunbeständig die Veräußerung nach ihrer dinglichen Seite (alienatio, l. 1. C. de fmd. dot. 5. 23 — der Erbe der Nichteigentümer, Gaj. II. 194. 195; in Folge dessen translatio, l. 3 § 2 C. h. t. vgl. l. 119 D. de R. J. 50. 17. Non alienat, qui duntaxat omittit possessionem), jedoch nicht als Verkaufskontrakt — nach der obligatorischen Seite war (l. 67 pr. D. de V. S. 50. 16. — venditum tamen recte dicitur), sodaß insoweit auch schon das Verbot nicht überflüssig war (vgl. auch l. 5 pr. C. de leg. 1. 14).

2) beim betagten Vermächtniß dem Bedachten erst mit dem dies certus das Eigentum der Sache zukam, folglich die Veräußerung (alienatio) möglich war, sobald der Erbe die Erbschaft antrat und der Zwischeneigentümer der vermachten

Sache wurde. Hier war also Raum für ein Veräußerungsverbot, insoferne dem Erben für eben die Zeit, wann er noch Eigentümer war, die Veräußerung untersagt werden konnte. Zweifellos ist, daß sie ihm für diese Zeit versagt werden konnte, und fraglich nur, ob sie auch in dem uns vorliegenden Gesetze für diese Zeit versagt werden wollte, d. h. ob in der Tat das Verbot sofort oder dann vielleicht ebenfalls erst mit dem dies certus wirkt?

So kann man fragen, zumal ja dem Legatar nichts daran zu liegen scheint, was mit der Sache geschieht, insolange sie ihm noch nicht gehört; hiebei denkt man sich, es sei genug, daß sie ihm von dem Tage an gesichert ist, an welchem sie ihm gehört.

Indessen, da der dies certus mit Sicherheit eintritt, so ist vor Allem soviel nicht zweifelhaft, daß das Verbot unbedingt gilt. Aus demselben Grunde läßt sich aber auch annehmen, daß es unbedingt wirkt — es wirkt sofort und nicht erst mit dem dies certus, denn die Worte des Verbotes lauten in dieser Beziehung klar und deutlich:

„Der Erbe sei gänzlich unvermögend die rein vermachte und die betagt vermachte Sache zu veräußern" («absurdum est et irrationabile — posse transferre»); — die Worte der sanctio des Verbotes fügen hinzu:

„Die Veräußerung sei nichtig mit dem Veräußerungsakt, sobald das Verbot gelte" («ab initio causa in irritum devocetur, et sic intelligenda est, quasi nec scripta nec penitus fuerit celebrata, ut nec .... Quod similiter ...... »).

Endlich fehlt es nicht an einem besonderen gesezgeberischen Motiv für unsere Annahme. So lange nämlich der Erbe in der Zwischenzeit wirksam veräußern konnte, mußte es zum mindesten zweifelhaft sein, ob der Bedachte, nachdem einmal vor dem dies certus veräußert war, die veniente auch

Eigentümer werden konnte, indem ja durch die rechtsbeständige Veräußerung die vermachte Sache der Erbschaft, und demzufolge, möchte man glauben, auch dem Vermächtniß und dessen Wirksamkeit entzogen war. Wollte man aber dieses Bedenken aus der Welt schaffen, so mußte man wol dem Erben die Veräußerung gerade in der Zwischenzeit verbieten, bezw. die verbotswidrige nichtig erklären.

3) Bei Fideicommissen, und zwar sowol bei Singular- als Universalfideicommissen, war vor den ll. 1. 2. C. h. t. nichts unmöglich, weder der Verkaufskontrakt, noch die Veräußerung (alienatio); denn vor jenen Justinianschen Gesezen hatte der Fideikommissar die fideicommissi veniente stets nur einen persönlichen Anspruch gegen den Belasteten (Paul. IV. I. § 18), es ging also das Eigentum erst mit der Restitution auf den Fideikommissar über. Erst in Folge der angeführten Gesezeserlasse wurden die Fideikommisse den Legaten auch in Betreff des dinglichen Effektes gleichgestellt, und gilt somit für sie dasselbe, was nun für Vermächtnisse überhaupt, nämlich:

a) bei purem Fideikommiß das Betreffende oben unter 1);

b) bei betagtem Fideikommiß das Betreffende oben unter 2);

c) bei bedingtem Fideikommiß das Betreffende hier unter 4), nämlich, daß

4) beim bedingten Vermächtniß der Erbe mit erfüllter Bedingung ein weiteres Recht auf die Sache nicht mehr besitzt, das besessene Recht also einfach von jezt an erlischt (l. 12 § 5 D. de usufr. 7. 1. cit., wozu Fitting, Begr. d. Rückz., S. 38: „Hier ist sogar das bedingte Vindikationslegat gegenüber Fällen der Rückziehung ausdrücklich als Beispiel eines Falles benuzt, in dem keine Rückziehung eintrete"). Es ist wol zu beobachten, daß beim bedingten Vermächtniß

die Bedingung ebensogut unerfüllt bleiben kann, das Vermächtniß selbst also dahin fällt, sodaß die rechtsbeständige Veräußerung (alienatio) jezt zu Recht fortbesteht, und wie nun im Allgemeinen einerseits für die etwaige Caduzität des bedingten Vermächtnisses (conditione legati deficiente) der Ausgang der Bedingung abzuwarten ist (l. un. § 7. C. de cad. toll. 6. 51. — «exspectari oportet conditionis eventum, sub qua fuerit redictum»), so ist gerade auch andrerseits für den Erwerb des bedingten Vermächtnisses (conditione legati existente) die betreffende Eventualität abzuwarten, welche dem Bedachten das Eigentum der Sache erst gibt.

Dem entgegen steht aber nicht, daß der Erbe weitere dingliche Rechte zu Gunsten der Sache erworben haben kann, welche dann später bei erfüllter Bedingung in das Eigentum des Bedachten mitübergehen (l. 11 § 1 D. qu. serv. 8. 6) — diese bleiben an der Sache haften, da sie dem Bedachten nur zum Vorteil gereichen —, und daß Lasten, die der Erbe der Sache auferlegt hat, mit Eintritt der Bedingung nicht mitübergehen, sondern erlöschen (l. 11 § 1 cit. l. 105 D. de cond. 35. 1) — diese bleiben nicht haften, da sie dem Bedachten nur zum Nachtheil gereichen und mit ihnen eben das Vermächtniß nicht vollständig wäre.

Unmittelbar aus der angeführten l. 12 § 5 D. de usufr. (7. 1) folgt aber ebenfalls nur, daß nach bisherigem Recht bei Eintritt der Bedingung zwar die Veräußerung nichtig sein wird, allein nicht gleichfalls der Kontrakt — und fraglich ist es, ob nach bisherigem Rechte die Veräußerung ex nunc oder schon ex tunc rechtsunbeständig war, d. h. ob der Bedachte erst ex nunc oder auch schon ex tunc Eigentümer ward (so Savigny, Böcking, Wächter und gewissermaßen auch Arndts, der allerdings überdies hiemit das gesezliche Veräußerungsverbot als solches verquickt (s. § 2 dieser Abh.

Doch, wie schon bemerkt, rationell findet keine Rückziehung statt (s. oben Fitting) da solche bei Vermächtnissen auch sonst nicht vorkommt.

Wenn nun hierauf Windscheid (Pand. § 91) sogar seine Theorie von der Nichtretrotraktion im Allgemeinen aufbaut, so ist dies schließlich zu weit gegangen, indem Brinz (Pand. I. Aufl. S. 1490) nachweist, daß die Nichtretrotraktion gerade nur auf den Fall von bedingten Vermächtnissen beschränkt ist, da es auch schwer wäre, zu bestimmen, bis zu welchem Zeitpunkt zurück der Wille des Erblassers Geltung finden sollte, bezw. die Rückziehung stattzufinden hätte. Denn auf den Tag des Rechtsgeschäftes, hier der Testaments- oder Codizillserrichtung kann unmöglich zurückbezogen werden; sonst müßte das Vermächtniß noch bei Lebzeiten des Testators in Kraft getreten sein; sollte nur außerordentlicherweise auf einen andern Tag zurückbezogen werden, so wäre wieder unsicher gewesen, ob auf den des Todes oder Erbschaftsantrittes; folglich habe man in der Bedingung der Vermächtnisse stets einen dies ex quo erblickt.

Neu ist in der Tat demnach die Retrotraktion, wie sie sich uns nun jedenfalls in l. 3 § 3 C. h. t. barbietet (Quod similiter obtinere . . .); denn hier kann man gut behaupten daß Justinian ein neues, für sämmtliche Vermächtnißarten gleichmäßig — bei bedingtem Vermächtniß mit erfüllter Bedingung — geltendes Resultat geschaffen hat, indem er durch sein Verbot die Nichtigkeitserklärung der Veräußerung überhaupt herbeiführt, die Veräußerung der sanctio eines vorausgehenden Verbotes unterwirft (obtinere censemus).

In diesem Fall dürfen wir aber nicht von „Retraktion“ (Böcking), sondern nurmehr von „Rescission“ (Brinz, vgl. noch Puchta, Keller, Schröder) sprechen (l. 9. C. de praed. 5. 71. — venditio — contra d. S. orationem facta — «rescissa» est) — zwischen diesen beiden entgegengesetzten An-

sichten läßt sich kein Standpunkt denken, der in sich einen logischen Halt hätte: denn entweder ist das Neue alt, dann bedurfte man auch keiner l. 3. § 2, § 3 C. h. t., oder diese lex ist neu, weil sie das Veräußerungsverbot mit allen seinen Consequenzen enthält.

§ 5.

Nirgends ist aber nach bisherigem Recht die Usucapion des gutgläubigen Erwerbers (Gaj. II. 43.) ausgeschlossen, sei es nun des Käufers selbst, wenn er bonae fidei emtor ist oder aber eines ferneren gutgläubigen Erwerbers.

Dies geschieht erst zufolge des von Justinian erlassenen Gesetzes l. 3, § 2, § 3 C. h. t., in dem es die Veräußerung verbietet.

Hierauf macht nämlich Justinian selbst aufmerksam, insofern er im § 3 erklärt, daß mit der Richtigkeitserklärung der Veräußerung die Ersizung namentlich ausgeschlossen sei («ut nec usucapio nec longi temporis praescriptio procedat»). Allein es läßt sich anderweitig ebenfalls feststellen, daß auch die Ersizung Veräußerung sein kann (l. 28 pr. D. de V. S. 50. 16), und daß, wenn verbotswidrig veräußert werde, gesezlich gerade auch die Ersizung dahinfalle (vgl. l. 12, § 4 D. de Publ. 6. 2. — Publiciana non competit).

Hiedurch erklärt sich aber besonders, wenn wir von der bisherigen Veräußerlichkeit der Fideikommisse ganz absehen, daß es im § 2 heißt:

«Nemo itaque heres — secundum veterem dispositionem putet in posterum alienanda».

Der Saz ist doppelsinnig, sodaß man allerdings glauben könnte, eine vermachte Sache — also hauptsächlich das Vindikationslegat — sei schon nach bisherigem Recht unveräußerlich gewesen. Die richtige Auslegung des Sazes wird jedoch einzig diese sein, daß man sagt:

„Nach altem Recht war die Veräußerung möglich, nach neuem Recht (in posterum) soll sie unmöglich sein.“ Dabei ließe sich noch denken: „das Fideikommiß soll insgesammt nicht mehr veräußerlich, das Legat insbesondere nicht mehr ersizbar sein“.

Daß die Veräußerung, namentlich das Verkaufen, als ein effektives Ersizenlassen von fremder Sache zu betrachten sei, bestätigen sowol Gajus (II. 50. i. f. — «efficiat, ut a possessore usucapiatur), als Marcellus (l. 33 D. de m. c. don. 39. 6). Der Erwerb wird hier an letzterer Stelle nicht abgeleitet vom bisherigen Eigentümer: «sed ab eo qui occasionem usucapionis praestitisset» (l. 33 cit. hiezu Savigny, Syst. IV, S. 569. An. d) oder von demjenigen, der bewirkt hat, daß usucapirt werden konnte, also gewissermaßen ein Veranstalter der Usucapion ist. Danach konnte wirklich der Erbe durch Veräußerung, besonders Verkauf der vermachten Sache den Grund zur Usucapion legen: es sei nun daß ihm selbst das Vermächtniß unbekannt war und er also durch den Verkauf die Sache nicht furtiv oder unusucapirbar machte, sei es, daß er vom Vermächtniß wußte, aber (secundum veterem dispositionem) verkaufsberechtigt war, sei es, daß die vermachte Sache eine unbewegliche war und also nicht furtiv und unusucapirbar werden konnte (vgl. hierin Seuffert a. a. O. S. 87. unt.).

Hiefür schließlich, daß irgendwo in den Quellen die Ersizung speziell der vermachten Sache ausgeschlossen gewesen wäre, sind aber keine Anhaltspunkte vorhanden.

§ 6.

Daß es zweifelsohne mit der im § 2 angekündigten lex auf den Ausschluß der bisher überall möglichen Usucapion abgesehen ist, bezeugt Justinian selbst in den Worten des § 3:

«Quod similiter obtinere censemus in hujus modi legatis, sive pure, sive sub die certo, sive sub conditione, sive sub incerta die relicta sint.»

Es ist dies auch leicht begreiflich, da, wenn einmal der Erwerber von Vermächtniß der Sache nicht weiß, es für den in Betracht fallenden Usucapionsbesiz auf die Art des Vermächtnisses gewiß nicht mehr ankommt. In Wirklichkeit geht aber schon aus dem dispositiven Inhalt der §§ 2. 3. hervor, daß das Gesez als solches sich auf sämmtliche Vermächtnißarten erstreckt, dabei denken wir zwar nicht mehr an die quatuor modi oder genera legatorum, von welchem noch bei Ulpian (XXIV. §§ 2—6) und Gajus (II. 192 bis 223) die Rede ist, wol aber an den stets noch auftauchenden Unterschied zwischen legatum und fideicommissum, der troz, der in l. 2. C. h. t. befolgten Gleichstellung beider Vermächtnißarten eben sprachlich fortdauert: auf Fideikommisse bezieht sich das Wort restitui (vgl. Gaj. II. 250).

Sodann faßt Justinians Gesez nicht nur das reine und das betagte Vermächtniß (legatum) ins Auge, sondern er schließt auch jegliche Art von Fideikommissen ein. Hierunter werden wir neben dem Einzelvermächtniß dasjenige der gesammten Erbschaft zu verstehen haben. Man vergleiche in dieser Hinsicht blos den Wortlaut des § 3 mit demjenigen des § 2, so geht deutlich aus demselben hervor, daß Justinian in der Aufzälung der verschiedenen Vermächtnißarten durchaus erschöpfend sein will, daher er daselbst in Bestätigung seiner früheren Worte Einzel- und Gesammtvermächtniß nunmehr bei Namen aufführt und zugleich nochmals den bestehenden Gegensaz zwischen leztwillig angeordneter Restitution und leztwillig angeordneter Substitution eigens hervorhebt. In der lezteren Weise soll also das Gesez auch zu Gunsten dessen gelten, der an Stelle des Bedachten honorirt erscheint, falls dieser das Vermächtniß nicht erwürbe.

Ein Gesezgeber antiker Art hätte nun, um hier überall den Ausschluß der Usucapion zu bewirken, gemäß l. 12, § 1 D. de Publ. 6. 2. cit. sich auf ein schlichtes Veräußerungsverbot mit Rescissionsklausel (Ulp. frgm. 1. 2. cit. Perfecta lex est .....; § 10 J. de rer. div. 2. 1. cit. Appellamus .... sanctiones) beschränkt; in stilloser Zeit kam einerseits das Verbot zu keiner prägnanten Form, und so glaubte denn anderseits der Gesezgeber ausdrücklich sagen zu müssen, daß usucapio und longi temporis praescriptio ausgeschlossen sein solle.

Darauf aber, daß das Wort „Veräußerung" (alienanda) im weitesten Sinne zu nehmen sei, deutet schon die Erklärung dieses Wortes durch Justinian im § 2, wenn er sagt:

«sed (heres) sciat, hoc, quod alienum est, non e licere — alieno juri applicare.»

Denn nicht nur die Veräußerung von Eigentum, sondern auch die Konstituirung von Pfandrechten, von jura in r

überhaupt, wird „verboten" (non — licere), wenn die Sache „nicht fremdem Recht unterworfen werden darf" (vgl. übrigens l. 7 C. de reb. al. 4. 51).

Hierauf also, daß das Gesez der l. 3 § 2 § 3 C. h. t. com. de leg. et fideicom. (6. 43) gerade seinem Inhalte nach ein vollständiges Veräußerungsverbot sei, brauchen wir wol nicht weiter einzutreten. Einzig festzuhalten ist etwa und dies in einem ganz beschränkten Sinne), daß das Veräußerungsverbot nicht schlechthin ein Usucapionsverbot sei vgl. l. 16 D. de fund. dot. 23. 5., hiezu Savigny, Syst. IV. S. 568, An. 6; Brinz, Pand. § 134, An. 32; § 156 An. 38 bis 41). Jenes nimmt nämlich für seine sanctio im § 3 nur Bezug auf den erfolgten Vermächtnißanfall (dies legati cedit, daher res gravata), sei es, daß mit dieser der Vermächtnißerwerb (dies legati venit) zusammenfällt (reines V.), sei es, daß der Erwerb erst eintritt nach dem Anfall betagtes V.), sei es, daß der Erwerb noch mit dem Anfall abzuwarten ist (bedingtes V.), — sodaß allein in den für das Veräußerungsverbot eintretenden Fällen auch die Ersizung entweder unmöglich ist oder rescindirt wird (bed. V.).

Sagen wir folgerichtig, das Verbot habe im Allgemeinen eine Doppelwirkung. Denn einmal hebt es vermöge seiner perfekten Wirksamkeit das dingliche Geschäft auf, indem es in bestimmten Fällen die Eigentumsübertragung rückgängig macht, rescindirt; sodann schließt es aber insbesondere die Ersizung aus, welche zur Veräußerung wird, wenn noch kein Eigentum übertragen worden war oder etwa ein solches übertragen wurde, das dann später dennoch von selbst dahinfallen mußte (mit dem dies certus, mit der conditio impleta). Und da nun der zweite Fall der allgemeinere ist, sofern bei jedwedem Vermächtniß bisher Ersizung möglich war, so ergänzt offenbar überall das geseʒliche Veräußerungsverbot das bestehende, aber insolange nicht wirksame Recht

§ 7.

Die äußere Begründung oder die Herleitung des gesetzlichen Veräußerungsverbotes geschieht bei Justinian zu Anfang der l. 3 § 2. C. h. t. und zwar im Zusammenhang mit der von ihm schon in l. 1. C. h. t. abgeschafften missio in rem. Die das Gesez einleitenden Worte lauten:

„Da (quia) nun der Bedachte für viele Fälle sicher gestellt und mit verschiedenen Klagerechten, dinglichen wie persönlichen, sowie mit Pfandklagen ausgestattet, damit aber auch das Wirrsal der Besizeinweisung in die Sache abgeschafft sei, so erübrige folgendes Gesez" (et in rem missionis tenebrosissimus error abolitus est et ad hanc legum pervenimus»).

Zu Ende dieses Gesezes d. i. zu Ende der l. 3 § 2 § 3 C. h. t. oder dem mit seiner sanctio versehenen Veräußerungsverbote erklärt des Weiteren Justinian:

„Hiedurch aber werde es in allen bezeichneten Fällen dem Bedachten fürwahr (legatario quidem vel fideicommissario) ermöglicht, ohne jedwedes Hemmniß die Sache selbst einzuklagen und sich anzueignen" (omnis licentia pateat rem vindicare et sibi assignare — nullo obstaculo opponendo).

Zum Schlusse fügt Justinian im § 4 hinzu:

„Auch solle der wissentliche Käufer der mit Vermächtniß belasteten Sache (Emtor autem sciens rei gravamen) das Klagerecht haben, allein auch nur auf den von ihm dafür ausgegebenen Preis (actionem habeat tantum ad) und es könne ihm nicht ein Interesseanspruch eingeräumt werden (neque duplae stipulatione, neque melioratione locum habente), da er doch wissentlich diese fremde Sache gekauft habe (pretium — quod sciens dedit pro aliena re)." (Vgl. dagegen l. 27. C. de evict. 8. 44.)

Stellen wir nun mit Bezug auf genannte missio zuvörderst fest, daß dieselbe keineswegs mit derjenigen, welche wegen Nichterrichtung der cautio legatorum servandorum causa plazgreift (ll. 13. 14. 15. D. ut leg. 36. 3), identisch ist, da es ausdrücklich im § 2 heißt, sie gehe «in rem», nicht aber sie gehe «in possessionem», und da ferner bei jener cautio weder ein spezieller Zusammenhang mit dem Verkauf der vermachten Sache noch ein tenebrosissimus error oder Aehnliches hervortritt.

Dagegen ist wol dem Sinn nach von unserer in rem missio bereits die Rede in Paul. R. S. IV. 1 § 15, welcher schreibt:

Rem fideicommissam si heres vendiderit, eamque sciens comparaverit, nihilominus in possessionem ejus fideicommissarius mitti jure desiderat.

Hier ist eine missio speziell mit dem Verkauf der vermachten Sache in Verbindung gebracht. — Geht nun diese Stelle, wie man auch allenthalben annimmt (Glück, Comm. Bd. 19, S. 166. An. 63. Seuffert, a. a. O. S. 29. Brinz, Pand. 1. Aufl., S. 344. Windscheid, Pand. § 648. An. 14), wirklich auf unsere missio in rem, dann entnehmen wir ihr zweitens, daß sie lediglich bei Fideikommissen statthatte

(vgl. auch Nov. 39. praef. — Introducebantur etiam fideicommissi persecutiones, et ex inopia in rem missiones —)

Drittens finden wir, daß hierin das Ersazmittel für die bis zur Abschaffung der l. 1. C. h. t. fehlenden in rem actio lag (vgl. Seuffert S. 37., Windscheid, Brinz a. a. O.).

Viertens läßt sich sagen, daß mit Aufhebung der missio in rem ein bedeutender materieller Vorteil für den Bedachten verloren ging: denn schwerlich ist anzunehmen, daß währenddem der Bedachte in die Sache eingewiesen war, der dritte Erwerber die Usucapion vollziehen konnte — danach war in rem missio nebenher ein Schuzmittel gegen Usucapion. Dieses fiel mit l. 1. C. h. t. weg und drängte nun nach einem Gesez, welches ausdrücklich oder stillschweigend die usucapio u. longi temporis praescriptio ausschle (quatenus — liceat — vindicare in rem actione instituenda). Somit war die Aufhebung der Besizeinweisung in die Sache einerseits Folge der l. 1. C. h. t., andrerseits zum Teil wenigstens Ursache der l. 3 § 2 § 3 C. h. t.

Insoweit dürfte die in rem missio bereits von Seuffert richtig erkannt sein; nicht ganz befriedigend ist jedoch, was er zur Aufklärung des tenebrosissimus error (l. 3 § 2) der ambages (l. 1.), der circuli (Nov. 39. pr.) beibringt. Denn wenn die indissolubiles in rem missionis circuli damit zusammenhängen sollen, daß wegen der Insolvenz (ex inopia) des Fiduziars die in rem missio erteilt und hienach dem dritten Besizer der Fideikommißgegenstand abgenommen wurde, derselbe aber regressiren konnte und nun diese Regreßnahme in einem solchen Fall faktisch erfolglos blieb, weil der Fiduziar selbst nichts hatte, — so sehen wir nicht ein, inwiefern denn durch Einführung des Veräußerungsverbotes der insolventer Fiduziar für die restitutio pretii solvent werden -

d. h. der indissolubilis in rem missionis error hätte behoben werden sollen (l. 3 §§ 2-4 C. h. t.).

Darin hingegen mag Seuffert Recht haben, daß sobald, wie er annimmt (auf S. 36. unt.), einmal unabhängig von der beiderseitigen mala fides die in rem missio erteilt wurde, dies nicht blos formell eine Anomalie war, sondern auch gegen das materielle Rechtsgefühl verstieß.

Bei Seuffert ist sodann nicht hervorgehoben die Schwierigkeit, welche darin bestand, daß der Eingewiesene nach Allem, was wir sonst über das Institut der Missionen wissen, nur die Detention der Sache hatte, währenddem der eigentliche Besitz und damit insbesondere die Grundlage für die Ersitzung beim dritten Erwerber verblieb. Oder gab es vielleicht auch hier wie bei der damni infecti cautio nach dem ersten Decret, das bloßen Mitbesitz verschaffte (l. 5 pr. D. ut in poss. 36. 4. l. 7. pr. D. de dam. inf. 39. 2. — Keller, röm. C. Pr. § 78), ein zweites, das ausschließlichen Besitz verlieh, demzufolge ordentlicherweise bonitarisches Eigentum begründete (vgl. hiefür l. 15 §§ 16. 21 D. eod. 39. 2) und somit erst auf Umwegen (ambages) Schuz gegen die Usucapion des Dritten gewährte? Und kam man auf diesem Umwege vielleicht erst zu spät, um der Usucapion vorzubeugen?

Allein Alles dies und was wir etwa sonst noch in Frage zu stellen vermöchten, wird den tenebrosissimus error kaum aufzuklären im Stande sein, — auch Arndts (Forts. d. Glück-schen Comm. T. 48. S. 33. desgl. T. 46. S. 66) weiß uns nichts Neues darüber zu bringen, und was die Glosse bringt (In rem missio fiebat fideicommissorum nomine, haerede non exsistente solvendo adversus extraneos rerum haereditariarium possessores) hat uns bereits Seuffert vergeblich zu deuten gesucht.

§ 8.

Das verbotswidrige Geschäft hat, wie schon oben im § 7 bemerkt, für alle Fälle seine besondern Folgen zum Schluß in l. 3 § 4. C. h. t.:

„Es erhält der Käufer, wenn ihm die Vermächtnißla der Sache bekannt war (hiebei werden wir für's reine L an das bis jetzt veräußerliche „Fideikommiß" denken) au nur (tantum, saltem) den Anspruch auf den Kaufpreis un beschränkt ist die Haft für Entwehrung bezw. es entfäl die Prästation des ganzen Interesse, um so meh die der doppelten Kaufsumme, während dem gutgläubig Käufer der volle Regreß gewahrt bleibt (bonae fidei procu dubio emtoribus integra jura. . . . . . .)."

In Betreff der Begründung obiger Stelle aus l. 3 § 4 C. h. t. gehen ebenfalls die Meinungen der Schriftsteller aus einander:

Mommsen (Unmögl. d. Leist. S. 43. An. 10) sagt „Nach dieser Stelle (l. 3. §§ 3. 4. i. f. C. commun. de le 6. 43) haftet der Erbe, welcher eine unter einer Bedingun vermachte Sache verkauft, dem Käufer wegen Eviction, wenn die Bedingung eintritt, insofern der Käufer mit der Wider ruflichkeit des dem Erben zustehenden Rechts nicht bekannt war.

Ihm tritt Seuffert (a. a. O. S 77. Abs. 1.) wegen der gemachten Beschränkung auf den Fall des **bedingten** Vermächtnisses aber sofort entgegen, indem sich l. 3 § 4 cit. im Zusammenhang mit l. 3 § 3 cit. i. f. entschieden auf sämmtliche Fälle des Vermächtnisses beziehe.

Vangerow (Pand. § 610. An. 5) spricht von einer „auf singulären Gründen beruhenden Verordnung Justinians in l. ult. C. comm. de leg. et fideic. (6. 43), wonach derjenige, welcher wissentlich eine unter einer Bedingung legirte Sache vom Erben gekauft hat, und dem dann nach eingetretener Bedingung die Sache vom Legatar evinzirt wird, vom Erben allerdings den Kaufpreis fordern darf."

Auf Vangerow beruft sich Windscheid (Pand. § 391 An. 39). Letzterer bemerkt zudem kurz: „Ein Entwehrungsanspruch sei nicht begründet, wenn der Käufer das mangelhafte Recht des Verkäufers beim Verkaufe gekannt hat; eine singuläre Bestimmung bestehe in l. 3 § 4 C. comm. de leg. 6. 43.»

Ausführlicher behandelt die Stelle Schröder (Z. Lehre v. d. ges. V.-V. S. 15. 74 fg.), der eine Nichtigkeit der Obligation bei mangelndem gutem Glauben des Erwerbers aus dem Verbotswillen ableitet und hierauf gestützt die Condiction der Gegenleistung und zwar ex injusta causa annimmt. Allein darin wird er auch sofort von Windscheid (Pand. § 423. An. 3) bekämpft, insofern „Quellenentscheidungen für besondere Fälle, wie l. 3 § 4 C. comm. de leg. 6. 43 etwas Besonderes nicht über die Voraussetzungen, sondern über den Umfang des Rückforderungsrechts sagen wollen."

Brinz (Pand. 1. Aufl. S. 944.) scheint umgekehrt von einer Rechtsbeständigkeit des Kontraktes auszugehen, indem er bemerkt, daß „zuletzt das Gesetz den **Regreß** des Käufers normire". Da er von „Regreß" redet, nimmt er wol actionem ob evictionem an (vgl. l. 8 C. de evict. S. 44), und nimmt

er diese an, so muß er auch einen tenenten Kontrakt annehme (vgl. übrigens s. Pand. neue Aufl. § 246).

Die Glosse endlich schreibt in Anbetracht unseres § 4: «Scienter emens rem restitutioni subjectam, illa evicta habet actionem ad pretium tantum, non ad duplum: etiam si fuerit promissum.»

Die Frage, die sich in Ansehung der genannten Bestimmung der l. 3 § 4 C. h. t. aufwirft, besteht in der T: darin, ob der verbotswidrige Verkauf total, oder blos als Veräußerung, d. i. als dingliches Geschäft nichtig, — dagegen als Kontrakt und zwar als Evictionshaft (obligatio ob evictionem) gültig sei.

Maßgebend erscheint uns hiebei troz der in l. 62. § 1 D. de contr. emt. 18. 1. (licet emtio non teneat) scheinbar allgemein ausgesprochenen Rechtsunbeständigkeit des Kaufs von unkäuflichen Sachen der Umstand zu sein, daß anderweitig zufolge Verkaufs von extra commercium befindlichen, also mit dem absolutesten Veräußerungsverbote belegten Sachen entschiedener Eviktionsregreß und ausdrückliche Kontraktsbindung vorkommt. So in l. 4. D. quib. ad. lib. 40. (venditio tam servi quam liberi contrahi potest et stipulatio de evictione contrahitur); ferner ll. 4-6 D. de contr. emt. 18. 1, wonach der Kauf blos als Veräußerung nichtig (haberi non potest) und dennoch vom Gesichtspunkt der Eviktionshaft beständig sein kann (vgl. l. 67 D. de V. S. 50. 16. cit. — venditum tamen recte dicetur. Hiezu Brinz, Pand. § 246. An. 13. 3 u. 5).

Ist somit auch der Verkauf der vermachten Sache ein verbotswidriger, d. i. dinglich rechtsunbeständiger aus Gründen der perfekten Wirksamkeit des Verbotes, so ist damit zwar die Veräußerung (alienatio) nichtig, doch wegen des thatsächlich vorhandenen u. das Versprechen des habere licere stillschweigend enthaltenden Geschäftes die Kaufsklage ob e

ctionem (l. 67. pr. cit. ll. 4-6 D. cit. — non ut omnis obligatio emti et venditi utrinque solveretur. § 5 J. de emt. 3. 24 — quod non habere ei liceat —) möglich, derart, daß der Käufer aus dem eingegangenen Kontrakte den Anspruch auf den Kaufpreis erhält (vgl. Nov. 7. c. 5. l. 9. C. de praed. min. 5. 71. hiezu Brandis, üb. abs. u. rel. Nichtigkeit, in d. Zeitschrift f. Civilv. u. Pr. Bd. 7. S. 182. An. 5.).

Würde man dem entgegen annehmen wollen, daß auch der Kontrakt nichtig sei, insofern dies die Meinung der früher schon erwähnten l. 5. pr. C. de leg. 1. 14. sein sollte (nullum contractum — volumus subsecutum; vgl. in dieser Hinsicht jedoch § 1. 2. J. de inut. stip. 3. 19. — inutilis erat stipulatio — u. l. 35. § 1. D. de V. O. 45. 1. wozu Mommsen, Unmöglichkeit d. Leist. S. 145. unt.), so wäre in einem solchen Falle auch die actio emti nicht mehr möglich, obgleich z. B. Glück (Com. Bd. 16. S. 49. An. 49) zufolge l. 1. § 1. D. de A. 9. V. 19. 1 findet: „daß auch in dem Falle, da der Kauf nicht gilt, gegen den Verkäufer actione emti auf das Interesse geklagt werden könne," — und obgleich sogar Mommsen (a. a. O., S. 124) für die angeführte l. 62 § 1 D. (18. 1) bemerkt: „daß hier die actio ex empto nicht in dem Kontrakt und dessen Nichterfüllung ihre Begründung hat, sondern nur die von Ulpian als actio in factum bezeichnete Entschädigungsklage vertritt." Die betreffenden Stellen ll. 22. 24 D. eod. (18. 1) u. l. 8 § 1 D. de relig. 11. 7 lassen aber für den Fall der Nichtigkeit des Kaufes (l. 22 cit.) auch nur die Kondiktion des Preises (l. 23. eod. Paul.), — oder wenn man l. 8 § 1 cit. von einem nichtigen Kontrakte handeln läßt, — die actio in factum zu, die vererblich wird dadurch, daß sie die actio ex empto enthält (et in heredem competit, cum quasi ex emto actionem contineat). Dazu erklärt aber Brinz (Pand.

§ 246. An. 3): „daß in l. 8 § 1 D. relig. 11. 7 actio i
factum statt ex emto plazgreift scheint uns (gegen Mommse
S. 123. unten u. Windscheid § 307. An. 5: „Die römisc
Form für diese Verpflichtung war actio in factum»; alle
es „führte auch die Formel der betr. Kontraktsklage zum Ziel
kein Zeugniß für Richtigkeit des Kaufes; dagegen spricht sch
der Umstand, daß diese in factum actio nach dem Gesicht
punkte des Kaufes (cum quasi ex emto actionem continea
behandelt wird (et in heredem competit)".

Bei dem Widerstreit der Ansichten und der Zweideutig
keit der Stellen, welche man für Richtigkeit des Kontrakt
anführt, scheint es immerhin ratsamer, sich zu dem Saze zu
bekennen, daß, sobald einmal actio ex emto zuständig ist
auch der Kontrakt gültig sein muß (vgl. hierin Brinz, Pan
§ 246. An. 9-13).

Daß in l. 3 § 4 C. h. t. die Klage für den Kaufpre
nicht genannt wird, macht es sogar wahrscheinlich, daß Ju
stinian selbst an keine neue Klage gedacht hat. Hierin be
stärken uns schließlich zwei Punkte:

Einmal der Umstand, daß den bonae fidei emtore
am Schlusse der Konstitution «integra jura» gewährt worde
und daß diese integra jura emtorum doch nur das vol
Regreßrecht ex emto u. ex stipulatu sein können; die Kla
des malae fidei emtor aber wird an derselben Stelle pe
argumentum a contrario als im Wesen dieselbe, und n
in ihrem Umfang gekürzte Klage bezeichnet (nullo mod
ex hac constitutione deminuta).

Entsprechend dem Rückgriffsrecht des Käufers erhält abe
zweitens der Pfandnehmer im § 4 bei der, gleich de
Verkauf, eine verbotene Veräußerung enthaltenden Verpfändun
(l. 7. C. de reb. al. 4. 51. cit.) troz der Richtigkeit d
Verpfändung die betreffende Geschäftsklage (Creditori nihil
minus pignoraticia contraria actione — competent

vgl. l. 6 C. si r. al. p. sit. 8. 16. l. 32. l. 9. pr. D. de pign. a. 13. 7. vgl. auch § 4. eod.); wie hier das Pfandgeschäft nach seiner obligatorischen Seite besteht, während es nach seiner dinglichen nichtig ist (vgl. Puchta, Pand. § 320, An. 6. Brinz, Pand. § 280, An. 17. § 318 An. 1; Seuffert, a. a. O. S. 76. unt. S. 80. ob., will sogar, daß die genannte Gegenklage sich „auf Ersaz der Verwendungen und Meliorationen" erstrecke), so gilt dasselbe von dem mit ihm hier in Parallele stehenden Kaufgeschäft.

Wenn jedoch Justinian an eine neue Klage gedacht haben sollte, so konnte er einzig noch die (eine) der actio ex emto „zunächstliegende" (vgl. l. 6 D. de resc. vend. 18. 5 — ex emto actio est — aut proxima emti actioni in factum datur) actio in factum vor Augen haben, da eine solche ganz geeignet schien, ein tatsächliches Rechtsverhältniß zwischen zwei Contrahenten wegen seines verbotswidrigen Inhaltes aufzuheben, zu rescindiren — das tatsächliche Rechtsverhältniß beträfe den Kauf von bis dahin veräußerlichen Vermächtnißgegenständen.

§ 9.

Eine eigene Controverse besteht darüber, ob der E..
die von ihm veräußerte vermachte Sache selbst vindizir..
könne (hierüber s. Brandis a. a. O. S. 183. fg. Böckin..
Pand. § 158. An. 6. Windscheid, Pand. § 172[a] An. 2. Brin..
Pand. § 134. Schluß).

Die Frage läßt sich aber wol dahin beantworten, d..
auf eine der Vindikation entgegen gehaltene exceptio r..
venditae et traditae (D. 21. 3) bezw. exc. doli (l. 17 ..
de evict. 21. 2) der Veräußerer die Replik aus dem Verb..
(l. 32 § 2 ad. S. C. Vell. 16. 1. —: aut si ea vendi..
contra S. C. facta sit; damit vgl. l. 1 § 5 D. de exc. r..
et trad. 21. 3 — fuerit autem ei justa causa vindicandi —
haben wird.

Der Erbe kann sich nämlich darauf berufen, daß ..
Veräußerung eine verbotswidrige, folglich absolut nichtige ..
(lex perfecta est .... et si factum sit, rescindi..
und daß, da nach l. 3 § 4 C. h. t. dem Erwerber we..
der Interesseanspruch zugesprochen, noch der Preisanspr..
abgesprochen werde (l. 27 C. cit. 8. 44), auch die erhob..
exc. doli durchaus nicht die gewöhnlichen materiellrechtlic..
Folgen (nach stattgehabter Zurückweisung das volle Regreßr..

aus dem Kaufe, l. 18 D. de evict. 21. 2) haben könne, daher in sich unbegründet sei, — es sei denn, daß der Käufer etwa das Retentionsrecht an der Sache geltend mache, um sich desto sicherer wenigstens die Rückerstattung des Preises zu erwirken.

Thesen.

1. Beim Afterpfand ist kraft Pfandrechts die Sache weiterverpfändet.
2. Das Ausstellen von Papieren, welche auf den Inhaber lauten, bildet an und für sich den Schuldgrund für die Forderung des Inhabers.
3. Die Klausel des Art. 736 des Schw. Obl. R. „*binnen 24 Stunden*“ ist wechselrechtlich unhaltbar.
4. Auch für den Zweikampf gilt der Saz: „*Volenti non fit injuria*“.



